

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Interprétation de la principale licence de logiciel libre

Cool, Yorick

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cool, Y 2005, 'Interprétation de la principale licence de logiciel libre: liberté du code et contraintes de l'interprète', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 21, p. 25-34.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Interprétation de la principale licence de logiciel libre : liberté du code et contraintes de l'interprète

Yorick COOL¹

Dans l'univers du logiciel libre², la General Public License (G.P.L.) est reine, et la Free Software Foundation (F.S.F.), à l'origine de sa rédaction, est son chevalier servant. La G.P.L. est en effet la licence phare du mouvement *open source*³, et la F.S.F. passe beaucoup de temps à clarifier son sens et à expliquer comment il faut l'interpréter. La question que nous nous poserons est celle de la valeur qu'il faut accorder à ses interprétations. Le juge confronté à un doute sur le sens de la G.P.L. doit-il se tourner fébrilement vers le site internet de la F.S.F.

pour trouver une réponse à ses questions? Pour beaucoup de membres de la communauté libre, la sentence irrévocable «la F.S.F. dit que ...» suffit à clore tout débat interprétatif afférent à la G.P.L. Cette position est-elle fondée? Quelle valeur accorder aux éclaircissements proposés par la F.S.F.? Comment interpréter la G.P.L.? Après avoir posé plus précisément le problème, nous déterminerons le statut des interprétations de la F.S.F., puis nous tirerons les conséquences de nos conclusions et les illustrerons à l'aide de deux exemples.

1. Position de la question

Pour plus de compréhension, il nous semble pertinent de bien définir le problème pratique que nous évoquons, et de montrer en quoi le principe général de l'article 1156 du Code civil est inapte à le résoudre.

1. Le problème pratique

Les licences de logiciels libres réali-

sent dans l'ensemble des agencements de droits et obligations similaires. Toutes permettent au licencié d'utiliser, modifier, reproduire et distribuer le logiciel en question, toutes comprennent des exonérations de garantie, etc. De ce fait, l'on peut généralement étudier les licences libres de manière globale⁴, ou en tout cas les rassembler dans de vastes catégories comprenant de nom-

1. Chercheur au CRID.
2. Pour rappel, un logiciel libre est un logiciel diffusé sous une licence qui permet au licencié d'utiliser le logiciel, de le modifier, de le reproduire et de le redistribuer. Le système d'exploitation GNU/Linux, la suite bureautique OpenOffice.Org, les navigateurs web Mozilla et Firefox sont parmi les logiciels libres les plus connus à l'heure actuelle.
3. Il existe quelques différences d'ordre théorique entre le mouvement du logiciel libre et l'*open source*. Voy. Y. COOL et P. LAURENT, «Repères pour mieux comprendre le mouvement du logiciel libre», in *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du C.R.I.D., n° 25, Bruxelles, Bruylant, 2005. Toutefois, les différences pratiques étant minimes, nous les considérerons ensemble et utiliserons indifféremment les deux appellations.
4. Pour de telles études, voy. *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du C.R.I.D., n° 25, Bruxelles, Bruylant, 2005; P. LAURENT, «Logiciels libres: le droit d'auteur contre le droit d'auteur», disponible à l'adresse http://www.droit-technologie.org/dossiers/dossiers_libres_ph_laurent.pdf; D. MCGOWAN, «The legal implications of Open source software», *Illinois Law Review*, 2001, pp. 241 et s.

breux éléments⁵, car il est peu fréquent que l'une ou l'autre licence soit exceptionnelle au point de mériter un traitement séparé. Dans cet article, nous nous focaliserons pourtant exclusivement sur l'une d'entre elles, la G.P.L. Il paraît nécessaire d'expliquer ce qui justifie ce traitement à part.

La G.P.L. est sans conteste la licence libre la plus utilisée dans la pratique⁶. Écrite par la F.S.F., une association ayant pour but de faire avancer la cause du libre, elle est utilisée par de nombreux développeurs totalement indépendants de cet organisme. Ceux-ci concèdent donc des licences à leurs utilisateurs, et ces licences reprennent le texte de la G.P.L. Ce qui est intéressant, c'est que la F.S.F., sans être partie à ces conventions, exerce une grande influence sur leur interprétation. À travers des commentaires sur son site web⁷, des séminaires et conférences⁸, de la certification⁹, voire même une certaine assis-

tance juridique¹⁰, elle rend son interprétation de la G.P.L. publique et influence les mentalités dans l'univers du libre, s'assurant ainsi que sa vision des choses domine les débats. Au fond, n'est-ce pas naturel, dans la mesure où c'est elle qui est à l'origine de la licence?

Rien n'est en fait moins sûr. Faut-il le rappeler, la F.S.F. n'est pas partie au contrat du simple fait qu'elle est l'auteur du texte de la licence. Pourquoi aurait-elle alors son mot à dire?

La question n'est pas anodine. La G.P.L. n'est pas à proprement parler la licence la moins controversée qui soit... On sait notamment qu'il existe dans les milieux juridiques¹¹ un débat assez animé sur la question des librairies¹²: un logiciel faisant un appel dynamique à une librairie licenciée sous G.P.L. constitue-t-il une œuvre dérivée de la librairie et, partant, doit-il également être licencié sous G.P.L.? La réponse est

5. On pense notamment à la distinction entre licences copyleftées et non copyleftées que nous avons faite dans «Aspects contractuels des licences de logiciels libres: les obligations de la liberté», in *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du C.R.I.D., n° 25, Bruxelles, Bruylant, 2005. Pour rappel, une licence copyleftée est une licence obligeant le licencié à ne redistribuer le logiciel modifié que sous la même licence que celle dont lui-même a bénéficié. Une licence non copyleftée permet au contraire de distribuer des œuvres dérivées du logiciel licencié sous une autre licence, y compris une licence non libre.
6. Certains chiffres indiquent qu'elle est utilisée par près de 70% des projets libres, là où la deuxième licence la plus utilisée ne serait utilisée que par un peu plus de 5% des projets libres. Voy. <http://freshmeat.net/stats/#license>. Si la fiabilité de ces chiffres est bien sûr sujette à caution du fait de la difficulté de recenser les licences utilisées, il est certain qu'ils révèlent une prédominance de la G.P.L. bien réelle.
7. Voy. not. la FAQ consacrée à la G.P.L.: <http://www.fsf.org/licenses/gpl-faq.html>.
8. Pour le programme du dernier séminaire en date, voy. <http://patron.fsf.org/sf2004seminar.html>.
9. L'objet de cette certification est le respect de la G.P.L. Ainsi, une entreprise de développement de logiciels peut faire certifier ses logiciels comme étant «respectueux de la G.P.L.» (*G.P.L. compliant*). C'est le «G.P.L. Compliance Lab» (littéralement, «le laboratoire de respect de la G.P.L.»), une entité dépendant de la F.S.F., qui s'occupe de délivrer les certificats.
10. Laquelle est également fournie par le «G.P.L. Compliance Lab».
11. Le débat se cantonne en effet aux milieux juridiques, et à une fraction de la communauté intéressée par la question. La masse des membres de la communauté considère que l'autorité de la F.S.F. suffit à lui donner raison.
12. Pour rappel, le terme librairie désigne en informatique un programme servant de boîte à outils à d'autres programmes. Il ne s'exécute pas en tant que tel, mais propose toute une gamme de fonctionnalités auxquelles d'autres logiciels peuvent faire appel. Il s'agit généralement de fonctionnalités à usage fréquent, souvent triviales, mais qu'il serait pénible et coûteux de devoir réécrire à chaque fois. Par exemple, un informaticien développant un logiciel sous Windows, et qui voudrait utiliser des boîtes de dialogue dans son logiciel, ne doit pas à chaque fois reprogrammer les boîtes en question. Il lui suffit de faire appel à une librairie Windows qui contient déjà la fonctionnalité «affichage de boîte de dialogue» et de la paramétrer de telle manière que la boîte affiche le texte et les options désirés. L'utilisation d'une librairie peut se faire soit par un lien statique, soit par un lien dynamique. Le lien statique consiste à recopier la fonctionnalité de la librairie dans le code du nouveau logiciel. Une telle copie constitue clairement une copie au sens du droit d'auteur et aboutit sans aucun doute à une œuvre dérivée de la librairie. Un lien dynamique n'est qu'un appel de la fonctionnalité par son nom, sans incorporation du code de la librairie dans le code du logiciel. On pourrait comparer le lien dynamique à un lien hypertexte: il permet d'incorporer un élément qui n'est pas réellement là. L'absence de reprise de code de la librairie rend la qualification d'œuvre dérivée beaucoup plus douteuse dans ce cas. Voy. P. LAURENT, «Logiciel libre et droit d'auteur: naissance, titularité et exercice des droits patrimoniaux», in *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du C.R.I.D., n° 25, Bruxelles, Bruylant, 2005.

loin d'être certaine¹³, et pourtant la F.S.F. n'hésite pas à clamer haut et fort que même un appel dynamique à une librairie sous G.P.L. suffit à constituer une œuvre dérivée devant être licenciée sous G.P.L. Ce type de question, pour technique qu'elle soit, est très importante en pratique: de la réponse apportée à la question des librairies, dépendent à la fois l'adoption de la G.P.L. par des développeurs de librairies¹⁴ et l'extension du *copyleft* inclus dans la G.P.L. Ce débat est le plus vif, mais n'est pas le seul que soulève la licence.

2. Inaptitude du principe de l'article 1156 à résoudre ce problème

Chacun le sait, le premier principe à respecter lors de l'interprétation d'un contrat est de rechercher la commune intention des parties (C. civ., art. 1156). Dès lors que le contrat est cet outil même qui sert à incarner la volonté de deux personnes de s'assujettir à un certain nombre d'obligations, il n'est que normal que l'on se réfère en tout premier lieu à ce que les contractants ont effectivement voulu. Toutefois, ce principe risque d'être de peu de secours à l'interprète de la G.P.L. Les licences de logiciels – libres ou non – se présentent habituellement comme des contrats d'adhésion. Ainsi, l'auteur d'un logiciel diffusera généralement son logiciel sous licence G.P.L. de manière unilatérale, sans qu'il y ait négociation avec le licencié. De ce fait, il paraît difficile de dégager une volonté commune des parties

du contexte du contrat, des documents préparatoires, ou de tout autre élément extrinsèque au texte de la G.P.L. Dans un tel cas, la volonté des parties n'a pas trouvé d'autre lieu où s'exprimer que la licence, et si celle-ci prête à confusion, on ne dispose d'aucune autre source pour découvrir ce qu'ont voulu les parties. Il semble donc nécessaire de faire appel à d'autres méthodes interprétatives dans tous les cas, nombreux, où la G.P.L. est la seule manifestation de l'intention des parties.

Avant cela, revenons à l'hypothèse que nous avons écartée comme étant inhabituelle: celle où les parties ont réellement négocié et se sont mis d'accord sur le contenu du contrat en dehors du texte de la licence. On songe à l'hypothèse où un développeur et son client ont débattu de l'agencement de droits qu'ils ont souhaité réaliser, et où ils ont fini par utiliser la G.P.L. pour le concrétiser. Ils ont ainsi pu décider lors des négociations que tout logiciel lié dynamiquement à la librairie écrite par le développeur devrait être également soumis à la même licence. Si la preuve d'un tel accord est rapportée, il semble difficile d'aller à l'encontre de la volonté des parties. Un problème spécifique à la logique des logiciels libres se posera toutefois. Si l'interprétation des parties ne s'est pas matérialisée dans le texte de la licence, ni même dans une quelconque annexe, que se passera-t-il lors de la redistribution du logiciel par le licencié? Rappelons à cet égard qu'un logiciel libre est voué à circuler, amélioré et redistribué par ses utilisateurs¹⁵.

13. Voy. P. LAURENT, *loc. cit.*

14. En effet, si un logiciel utilisant une librairie sous G.P.L. était une œuvre dérivée de la librairie en question, la popularité de la librairie pourrait en être affectée, dans la mesure où les développeurs de logiciels susceptibles de faire appel à la librairie pourraient rechigner à l'employer, du fait qu'ils ne souhaiteraient pas nécessairement distribuer leur logiciel sous G.P.L. Beaucoup de développeurs de librairies pourraient vouloir éviter cet effet et ne pas employer la G.P.L. pour leurs librairies.

15. Les personnes familières avec l'univers du livre nuancent parfois l'image un peu chaotique de la redistribution concurrente par tout utilisateur en soulignant qu'en pratique, un logiciel est généralement à la charge d'une équipe de mainteneurs qui centralise les modifications suggérées et s'occupe de l'essentiel de la distribution. C'est exact, mais il faut rappeler que la prédominance de ce modèle n'exclut pas la possibilité bien réelle d'une distribution moins centralisée. Bien que peu appréciés, les *forks*, versions «dissidentes» de projets, existent bel et bien. Plus prosaïquement, la redistribution par des utilisateurs, passant des logiciels à leurs amis par exemple, est bien courante.

Lors du transfert du logiciel par un utilisateur à un tiers, l'interprétation établie entre les contractants initiaux suit-elle le logiciel? On voit déjà qu'une telle solution pourrait générer une grande insécurité juridique, le nouveau licencié

n'ayant pas nécessairement connaissance des décisions des contractants initiaux. Nous reviendrons sur cette question ultérieurement, quand nous aurons découvert la manière de procéder en l'absence d'interprétation des parties.

2. Le contrat interprété à la manière d'un texte législatif

Puisque l'intention commune des parties est inapte à éclairer l'interprète de la G.P.L. dans la plupart des cas, il s'impose de chercher un autre principe interprétatif. Afin d'identifier la méthode à suivre, il semble raisonnable de se demander ce qui rend malaisée l'interprétation de la G.P.L. à l'aune du critère de l'intention des parties. À la réflexion, il apparaît que la difficulté découle du fait que la G.P.L. est un contrat-type rédigé par un tiers au contrat, la F.S.F. Or, selon un auteur¹⁶, la démarche à suivre face à un tel cas de figure est d'interpréter le contrat en question à la lumière des principes utilisés lors de l'application de textes législatifs. L'argument est séduisant: dans un cas comme dans l'autre, la volonté des parties n'est pas le fondement de la rédaction du texte et paraît non seulement incapable d'interpréter le texte en question, mais inappropriée pour ce faire. De plus, l'interprétation de la loi est censée se faire de manière uniforme, notamment à travers l'action de la Cour de cassation, ce qui permet une plus grande sécurité juridique: si la G.P.L. est interprétée uniformément, aussi bien les développeurs que les utilisateurs seront plus à même de comprendre ce qui est impliqué par une diffusion sous G.P.L., et ils pourront donc poser leurs choix en toute connaissance de cause.

Cependant, dire que l'on va appliquer les méthodes d'interprétation de la loi ne résout pas nécessairement le problème. En effet, on se retrouve face à un dilemme. Soit on utilise des méthodes textuelles, partant du texte de la loi (ici la licence), pour en clarifier le sens, soit on emploie une technique plus spécifique au contexte législatif telle que le recours aux travaux préparatoires ou l'interprétation par voie authentique. Or, les deux branches de l'alternative semblent peu satisfaisantes.

Les méthodes textuelles sont diverses et variées, et connaissent un grand nombre de classifications. On parlera d'interprétation exégétique, téléologique, évolutive, etc.¹⁷. Ces méthodes ne sont toutefois pas spécifiques à l'interprétation législative. Elles sont tout autant utilisées pour clarifier – ou déterminer de manière fictive – la commune intention des parties à un contrat. Or, nous sommes par hypothèse dans le cas où le juge n'a pas pu identifier la volonté des parties au sein du texte, et se tourne vers une autre source pour interpréter le contrat. S'il s'agit d'utiliser les interprétations textuelles, dire qu'on interprète à la manière d'une loi ne change rien.

La seconde branche offre des perspectives que l'interprétation classique

16. P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, p. 322.

17. Voy., parmi d'autres, *ibid.*, pp. 331 et s.

des contrats ne présente pas. Il s'agit des méthodes d'interprétation propres à la loi: le recours aux travaux préparatoires et l'interprétation par voie authentique. Ici encore, on ne voit guère ce qui pourrait servir au juge dans le contexte de l'application de la G.P.L. Contrairement à une loi qui est débattue publiquement au Parlement, la G.P.L. n'est pas le fruit d'un processus démocratique transparent, et ses travaux préparatoires, si tant est qu'ils existent, ne sont pas accessibles. Certes, toute une série d'autres documents sont disponibles, prétendant tous éclairer l'interprète de la G.P.L. Mais ces textes sont postérieurs à la rédaction du texte de la licence. Or, le recours aux travaux préparatoires a pour fonction de retrouver, au sein des débats parlementaires, les idées qui animaient le législateur lorsqu'il a adopté le texte législatif en question. Il s'agit de retrouver la volonté du législateur qui a adopté le texte, non celle du législateur actuel. Au contraire, les textes de la F.S.F. sont postérieurs à la rédaction de la G.P.L., et leur utilisation au titre de travaux préparatoires serait absurde. De plus, ces textes sont susceptibles de changer, contrairement aux travaux préparatoires qui sont bien évidemment figés à jamais, clichés dans le temps. Considérer les interprétations de la F.S.F. comme des travaux préparatoires de la G.P.L. méconnaîtrait donc la nature tant des travaux préparatoires que des documents de la F.S.F.

L'interprétation par voie authentique semble résoudre le problème du clichage temporel: cette méthode consiste à faire appel à des interprétations émises par l'auteur de la norme postérieurement à son adoption. Ne pourrait-on alors dire que le recours aux interprétations émises par la F.S.F. relève de l'interprétation par voie authentique? Tout comme le législateur précise parfois le

sens d'une législation à l'aide d'une loi interprétative ultérieure, la F.S.F. éclairerait la portée de la G.P.L., qu'elle a écrite, par le biais d'autres écrits. La similitude est frappante.

Pourtant, le raisonnement ne tient pas. L'interprétation par voie authentique suppose que l'auteur de la norme originelle exprime son interprétation dans une nouvelle norme de même valeur juridique que la norme interprétée¹⁸. Ainsi, une loi ne peut être interprétée que par une loi, un décret par un décret, etc. Or, si la G.P.L. a bien été écrite par la F.S.F., elle n'a été adoptée comme norme que par les parties, et non par la F.S.F. La force obligatoire de la G.P.L. entre parties découle de leur volonté. Le simple fait d'avoir rédigé le texte ne met pas la F.S.F. dans une position différente de celle d'un autre tiers. Le «législateur», lors de la conclusion d'un contrat, ce sont les parties. Lorsque la F.S.F. s'exprime à nouveau sur la G.P.L., c'est en tant que tiers au contrat.

Ce qu'il faut réaliser dans le cadre de l'interprétation authentique, c'est que l'expression «l'auteur de la norme» désigne en réalité la personne qui a rendu la norme obligatoire, non son rédacteur effectif. Une loi interprétative pose des interprétations juridiquement contraignantes car elle a été adoptée en exerçant la même compétence législative que celle exercée lors de l'adoption de la loi originale. Or, ce qui a donné sa force obligatoire à la G.P.L., c'est le consentement des parties à l'utilisation de son texte. Les textes ultérieurs de la F.S.F. n'ont pas recueilli ce consentement, et n'ont donc pas la même valeur juridique. De ce fait, ils ne peuvent être considérés comme relevant de l'interprétation par voie authentique. Si l'on en décidait autrement, cela reviendrait en définitive à dire

18. *Ibid.*, p. 329.

qu'un centre de recherches ou un fonctionnaire à l'origine de la rédaction d'un texte réglementaire aurait le pouvoir d'émettre ensuite des interpréta-

tions contraignantes de ce texte, sans avoir besoin de la sanction du législateur. Une telle conclusion serait bien évidemment inacceptable.

3. La F.S.F., représentante des usages

La méthode législative est inapplicable à la G.P.L., et les interprétations de la F.S.F. n'ont pas été explicitement acceptées par les parties. Est-ce à dire que ce que dit la F.S.F. à propos de la G.P.L. n'a aucun intérêt pour le juge? Nous ne le pensons pas. À défaut d'avoir été explicitement acceptées par les parties, les positions de la F.S.F. peuvent représenter ce qui est communément accepté dans l'univers du logiciel libre. Il nous semble, en d'autres termes, que l'on pourrait raisonnablement considérer qu'elles constituent des usages.

L'usage semble en effet être une catégorie fort commode pour ranger les affirmations de la F.S.F. On peut trouver plusieurs avantages à une telle qualification. Tout d'abord, une certaine sécurité juridique s'ensuit: l'on dispose à tout moment d'une interprétation «par défaut» de la G.P.L. En même temps, il reste possible de se démarquer de la F.S.F., puisqu'il est permis de rejeter les usages applicables à un contrat¹⁹. Il semble utile de considérer que les affirmations de la F.S.F. sont déclaratives d'usages, puisque cela permet d'atteindre un équilibre intéressant entre uniformité et personnalisation, entre sécurité et liberté. Reste à savoir si une telle conclusion est défendable.

Quand peut-on considérer qu'il y a usage? La jurisprudence affirme de ma-

nière constante qu'il n'y a usage «que lorsque l'usage invoqué revêt le caractère général d'une règle reconnue par tous comme applicable aux conventions de même nature, à défaut de stipulation contraire»²⁰. La condition pour qu'il y ait usage est donc que celui-ci soit reconnu de manière générale dans le milieu concerné. L'usage est une norme dont le critère d'existence est que ses destinataires ont le sentiment qu'elle existe. Par conséquent, il faut se demander à quel point la communauté informatique ressent les interprétations de la F.S.F. comme étant d'application générale.

À cette question, nous avons déjà répondu partiellement dans notre introduction. L'avis selon lequel les éclaircissements apportés par la F.S.F. sont contraignants est largement partagé dans le milieu *open source*. Comme nous l'avons déjà dit, la sentence «la F.S.F. dit que...» suffit généralement à clore les débats interprétatifs afférents à la G.P.L. La communauté libre estime que le fait que la F.S.F. ait écrit la G.P.L. suffit à établir la légitimité de ses interprétations.

Il faut bien voir que la communauté ne se contente pas d'accorder de l'importance au statut de la F.S.F., mais qu'elle reprend également les dires de la fondation américaine à son compte. Tout membre de la communauté libre

19. Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 218; Bruxelles, 6 juin 1973, *J.T.*, 1973, p. 571; Cass., 29 mars 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 835; Mons, 6 avril 1976, *Pas.*, 1977, II, p. 71; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999, p. 94.

20. Liège, 14 déc. 1994, *R.R.D.*, 1995, p. 36. Voy. égal. les réf. citées à la note précédente.

soutiendra qu'un logiciel liant dynamiquement vers une librairie sous G.P.L. est une œuvre dérivée de la librairie en question²¹. La communauté ne se contente donc pas d'accepter ce que dit la F.S.F., elle y adhère. Tout ceci nous mène à penser que les interprétations de la F.S.F. sont bien conçues comme

obligatoires par et pour les membres de l'univers libre, et comme complétant «par défaut» la G.P.L. lors de son emploi. Il semble donc bien qu'elles «[revêtent] le caractère général [de] règle[s] reconnue[s] par tous comme applicable[s] aux conventions de même nature».

4. Conséquences et applications

Si l'idée que les thèses soutenues par la F.S.F. à propos de la G.P.L. peuvent être considérées comme des usages est assez intuitive, il nous semble pertinent d'en détailler les conséquences afin de mieux faire comprendre les implications d'une telle affirmation. Deux exemples nous seront utiles à cette fin.

1. Conséquences d'ordre général

La qualification d'usage que nous avons retenue implique que le juge devra se tourner vers les interprétations de la F.S.F. pour compléter le contrat des parties. Toutefois, le recours à l'usage ne devra se faire que pour autant que les parties ne l'aient pas exclu. Ainsi que nous l'avons vu, un tel cas sera pour le moins rare, mais il ne peut être totalement rejeté. Une question se pose alors. S'il est clair qu'il faut faire prévaloir la volonté des parties sur l'usage²² dans le contrat entre le donneur de licence et le licencié, que faut-il faire si le licencié, comme l'y autorisent les articles 1 et 2 de la G.P.L., redistribue le logiciel? En réalité, le problème est

moins complexe qu'il n'y paraît. Il suffit de s'en tenir aux règles habituelles, et de se demander s'il existe une volonté des parties de répudier les usages ou de s'y conformer. À défaut, on utilisera les interprétations de la F.S.F. dans la mesure du possible. Cette solution s'impose du fait que selon toute vraisemblance, le nouveau licencié ignorera tout de l'accord des contractants originaires. Conclure une licence G.P.L. implique pour lui de se conformer à ses normes telles qu'éclaircies par la F.S.F., et lui en imposer d'autres sans indication qu'il ait conscience de leur existence nous paraîtrait totalement illégitime.

Si le juge doit se tourner vers les usages, il n'est certainement pas tenu de les appliquer aveuglément. Il garde son pouvoir d'appréciation par rapport aux usages et peut les rejeter s'ils posent problème, sans pour autant que ce rejet ait des répercussions sur la validité du contrat. En effet, le recours aux usages n'est qu'une des règles d'interprétation auxquelles il est soumis. Les autres restent d'application, et pourront lui servir pour rejeter les thèses de la F.S.F. qui ne seraient pas conformes à notre droit.

21. Quitte à critiquer cette solution. Il est une chose de penser qu'il existe une norme, et une autre de penser qu'elle est justifiée.

22. Voy. *supra*, note 19.

2. Première application : contrat ou licence ?

La F.S.F. défend l'idée que la G.P.L. n'est pas un contrat, mais une licence²³. Le raisonnement consiste à dire que la G.P.L. est une autorisation générale, basée sur les prérogatives de l'auteur, ne requérant pas l'accord du «licencié» pour être valide. D'une certaine manière, on a l'impression que la F.S.F. défend cette théorie afin d'éviter qu'un juge, considérant que la G.P.L. en tant que contrat est nulle pour une raison quelconque²⁴, autorise le licencié (qui ne serait plus à proprement licencié dans une telle hypothèse) à reproduire librement l'œuvre licenciée sous G.P.L. sans respecter les conditions de la licence, notamment l'obligation de ne distribuer des œuvres dérivées que sous G.P.L. La F.S.F. craint donc que si la G.P.L. était nulle en tant que contrat, n'importe qui pourrait faire n'importe quoi avec l'œuvre. D'où l'idée de soutenir qu'il ne s'agit pas d'un contrat, mais d'une licence, soumise à moins de conditions de validité. Pourtant, une telle crainte n'est évidemment pas fondée. Qu'il y ait ou non un contrat, et que celui-ci soit nul ou non, le droit d'auteur s'applique tout autant. Un contrat valable peut empêcher un titulaire de droits de se prévaloir des prérogatives que lui confère le droit

d'auteur, mais un contrat nul ne peut avoir cet effet. Si un contrat entre un titulaire de droits et son licencié est annulé, l'absence de contrat implique que tout acte de copie ou de distribution de l'œuvre par le «licencié» est qualifiable de contrefaçon au regard du droit d'auteur. L'existence d'un contrat annulé ne change rien à ce fait.

La crainte de la F.S.F. n'a donc pas lieu d'être. Mais que penser de son analyse en tant que telle ? On ne peut la qualifier d'entièrement fausse. Il est un fait que l'on peut autoriser quelqu'un à exploiter une œuvre par voie d'autorisation générale sans pour autant conclure un contrat. Toutefois, cette situation est pour le moins précaire pour le licencié. En effet, à défaut de contrat, le donneur de licence ne serait tenu au mieux que par un engagement par volonté unilatérale. Or, d'une part, cette qualification ne peut être que subsidiaire²⁵, c'est-à-dire qu'on ne peut la retenir que si la qualification de contrat est impossible, d'autre part, elle est inapte à rendre compte des obligations que la G.P.L. impose au licencié²⁶. De surcroît, un engagement par voie unilatérale ne garantit pas que le donneur de licence maintiendra son autorisation. Celui-ci pourrait en effet manifester à un moment donné une volonté de ne plus accorder de licence pour l'avenir²⁷, et bloquer ainsi

23. Voy. not. E. MOGLEN, *Enforcing the GPL*, disponible à l'adresse <http://emoglen.law.columbia.edu/publications/lu-12.html>. Eben MOGLEN est un des membres les plus visibles de la F.S.F., et professeur d'histoire du droit à l'Université de Columbia.
24. En droit américain, c'est la possible absence de *consideration* qui suscite cette inquiétude. Le droit américain des contrats exige en effet que tout contrat comprenne une contrepartie, fût-elle modique, pour être valable. Cette contrepartie est la «*consideration*». Toutefois, vu l'appréciation très large dont bénéficie la notion, il nous semble douteux que cette condition pose un réel problème. En effet, il existe la *peppercorn theory*, qui admet qu'un simple grain de maïs soit suffisant à donner une *consideration* au contrat. Un intérêt purement moral est souvent admis également. De ce fait, nous pensons que l'intérêt moral de l'auteur à voir son logiciel diffusé sous une licence copyleftée pourrait suffire à donner une *consideration* au contrat.
25. L. SIMONT, «L'engagement unilatéral», in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles/Paris, Bruylant/Dalloz, 1994, p. 22 ; M. COIPEL, «La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés», in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 26.
26. Voy. notre article, «Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté», *op. cit.* Pour rappel, la G.P.L. est une licence copyleftée.
27. M. COIPEL, «La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés», *op. cit.*, p. 38. L'éminent auteur relève à juste titre la distinction, trop souvent passée sous silence, entre l'interdiction pour l'émetteur d'un engagement par volonté unilatérale de revenir sur les effets que celui-ci a pu produire, et le droit qu'il a de «mettre fin à l'obligation» pour l'avenir.

l'utilisation de son logiciel. À défaut d'une obligation dérivant d'un contrat ou de la loi, rien n'empêche donc le donneur de licence de tout simplement changer d'avis et de poursuivre ses «licenciés» pour contrefaçon s'ils continuent d'utiliser son logiciel après qu'il ait unilatéralement mis fin à sa licence.

Le but du mouvement libre et de la G.P.L. ne semble pourtant pas être de placer le licencié dans une telle situation. Au contraire, l'objectif est de faire en sorte qu'une fois la première licence accordée, le titulaire des droits ne puisse plus revenir en arrière. Un tel résultat ne peut être atteint que si la G.P.L. est un contrat. La communauté libre a donc tout intérêt à ce que la G.P.L. soit un contrat.

Revenons maintenant à la question principale: que doit faire le juge face à cette contradiction entre le texte de la G.P.L. et les déclarations de la F.S.F.? N'avons-nous pas soutenu qu'il était tenu par les interprétations de la F.S.F. en ce qu'elles révèlent des usages? Certes, mais nous avons également rappelé que le juge devait continuer à respecter les autres règles d'interprétation du Code civil. Ainsi, il a, notamment, le pouvoir de requalifier les actes juridiques des parties²⁸. C'est ce qu'il fera face à l'affirmation selon laquelle la G.P.L. n'est pas un contrat.

3. Seconde application: la question des librairies

La F.S.F. soutient avec force que tout lien dynamique fait vers une librairie diffusée sous licence G.P.L. oblige le programme liant à être également diffusé sous G.P.L. Pour les raisons exprimées précédemment, ceci doit être con-

sidééré comme un usage. En effet, cette affirmation est prise au sérieux par les développeurs, et ceux-ci ont le sentiment d'être face à une norme obligatoire. Le juge appliquant la G.P.L. sera donc tenu de prendre cet usage en considération. Mais devra-t-il pour autant faire droit à cette interprétation usuelle?

La question est largement discutée. Une argumentation puissante a récemment été avancée dans le sens d'un rejet de la théorie de la F.S.F.²⁹. Malgré la complexité et la rigueur de ses fondements, le cœur du raisonnement est simple: il n'est pas possible de considérer que le logiciel liant de manière dynamique vers une librairie constitue une œuvre dérivée de la librairie en question. Par voie de conséquence, le titulaire des droits sur la librairie ne dispose pas, en vertu du droit d'auteur, du pouvoir de s'opposer à un lien dynamique fait vers sa librairie.

La portée de cette conclusion doit toutefois être bien comprise, comme le souligne d'ailleurs son auteur. Elle implique que la loi n'accorde pas de monopole sur la création de liens dynamiques vers une librairie à l'auteur de cette dernière. En d'autres termes, les liens dynamiques sont autorisés «par défaut». En l'absence d'accord contraire, rien n'empêche un programmeur de faire un lien dynamique vers une librairie qu'il n'a pas écrite. Est-ce à dire que l'interprétation que la F.S.F. fait de la G.P.L. est illégale? Loin de là. Le fait que la loi ne donne pas à une personne le droit d'empêcher de faire quelque chose n'a évidemment pas pour conséquence d'empêcher des contractants de s'accorder sur ce que l'un d'entre eux s'abstienne de tel ou tel comportement. Au contraire, c'est la définition

28. E. CAUSIN, «L'interprétation des contrats en droit belge», in *L'interprétation en droit – Approche pluridisciplinaire* (M. VAN DE KERCHOVE éd.), Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 317 et s.

29. P. LAURENT, «Logiciel libre et droit d'auteur: naissance, titularité et exercice des droits patrimoniaux», op. cit.

même de l'obligation dite de *non facere*, et elle est très courante en pratique. Ainsi trouve-t-on régulièrement dans les contrats de développement de logiciel des clauses de non-divulgaration (*non-disclosure agreements*) par lesquelles l'un des contractants s'engage à ne pas dévoiler le contenu du contrat à des tiers. La loi ne donne pas au commanditaire du développement le pouvoir d'interdire à l'entreprise informatique de parler du contrat, mais les parties peuvent s'entendre pour créer cette interdiction. De la même manière, une personne peut accepter par contrat de ne pas créer de logiciel liant dynamiquement vers une librairie donnée.

S'il est donc clair qu'un tel contrat est possible, qu'en est-il plus spécifiquement de la G.P.L.? Ainsi que nous l'avons signalé, il ne fait aucun doute que la F.S.F. considère que le logiciel établissant un lien dynamique avec une librairie sous G.P.L. doit, aux termes de la G.P.L., être diffusé – si diffusion il y a – sous cette même licence. Nous avons également soutenu que les interprétations de la F.S.F. pouvaient être considérées comme des usages. C'est d'autant plus vrai s'agissant de la question des librairies; l'avis de la F.S.F. en la matière est connu de tous dans la communauté libre et est perçu comme obligatoire. Dès lors, il nous semble que le juge confronté à la question pourra s'en référer à l'avis de la F.S.F. pour compléter le contrat, conformément aux

articles 1159 et 1160 du Code civil. Il pourra déclarer que l'usage veut qu'un logiciel liant dynamiquement vers une librairie sous G.P.L. doit être lui-même diffusé sous G.P.L.

Reste cependant une question: si ce n'est que par contrat que l'auteur d'une librairie peut obtenir le droit d'interdire à quiconque de créer un logiciel liant dynamiquement vers son œuvre, ne serait-il pas possible que quelqu'un lie vers la librairie et soutienne ensuite qu'il n'a pas conclu de contrat? À première vue, cela paraît possible. Toutefois, la technique semble empêcher cette hypothèse de se réaliser. En effet, pour pouvoir établir un lien dynamique vers une librairie, il faut connaître l'identifiant de la fonction que l'on souhaite employer. La connaissance de cet identifiant requiert l'utilisation de la librairie. Or, l'utilisation d'une librairie informatique est protégée par le droit d'auteur. Seule une personne pouvant invoquer une licence accordée par le détenteur des droits sur la librairie peut l'utiliser. De ce fait, tout développeur qui a établi un lien dynamique entre son œuvre et la librairie a dû, pour pouvoir établir son lien, utiliser la librairie, et en accepter la licence. Dans le cas qui nous intéresse, il aura donc accepté la G.P.L., et ne pourra donc prétendre diffuser un logiciel liant dynamiquement vers la librairie en question sous une licence autre que la G.P.L.

5. Conclusion

La portée des interprétations de la F.S.F. a été définie. Assimilables aux usages, elles devront être prises en compte par le juge pour autant qu'elles ne soient pas rejetées par les parties, ni incompatibles avec le droit belge. Au passage, nous avons pu apporter

quelques éléments de plus pour aborder sereinement les débats sur la nature de la G.P.L. et sur les librairies. Le modèle dégagé de ces réflexions semble allier les avantages de la sécurité et de la souplesse. Comme les logiciels libres?